

**AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
NUMERO 3 DE MADRID**

**EL LETRADO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID**, en representación y defensa del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 551 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en el artículo 28.1 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, y con domicilio a efectos de notificaciones en la Sede de la Asesoría Jurídica dependiente de la Gerencia de la Ciudad cuyo Registro está en la calle Montalbán nº 1, 28014, de Madrid, ante el **JUZGADO** comparece, en el procedimiento de referencia interpuesto por el **GRUPO MUNICIPAL POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID**, y como mejor proceda en Derecho, **DICE**:

Que a mi representado le ha sido notificado **Auto de 12 de septiembre de 2017**, dictado en el PO 301/2017, cuya parte dispositiva establece:

**“DISPONGO:**

Debo ordenar y ordeno la suspensión del acto previsto para el día 17 en la sala Terneras del antiguo Matadero Municipal de Madrid, patrocinado por la asociación La Comuna, con la denominación “En Madrid por el derecho a decidir”.

Contra este Auto no cabe recurso alguno, y por tanto es firme.

Siendo esta resolución estimatoria de la medida cautelar solicitada, dese vista de lo actuado a la Administración demandada, para que en el término de tres días alegue lo que a su derecho proceda.”

Que en cumplimiento del traslado conferido, y **sin perjuicio de impugnar igualmente el correspondiente Decreto de admisión a trámite del recurso**, con base en lo dispuesto en los artículos 51.b y 69.b de la LJCA, que aún no nos ha sido notificado, **viene en solicitar al amparo de lo dispuesto en el artículo 135.1.a) de la ley 29/1998 el levantamiento de la suspensión acordada**, con base en las siguientes

**ALEGACIONES**

**PRIMERA.- Objeto del recurso y objeto del incidente. Falta de legitimación activa de los Grupos Políticos Municipales ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.**

El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto, conforme resulta literalmente del escrito de interposición, la impugnación por parte del **GRUPO MUNICIPAL POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID** del **Decreto de la Concejala Presidenta de la Junta del Distrito de Arganzuela de Madrid (Numero de expediente 102 (2017/03420), de fecha 6 de septiembre de 2017**, por el que dispuso:

“Autorizar a **PEDRO CASAS ALVAREZ** en representación de la Asociación La Comuna con CIF G86385432, la cesión de uso de la Nave de Terneras del Distrito de Arganzuela sito en Paseo de la Chopera nº 10, para la celebración de un acto público cuyo desarrollo según indica el organizador es "bajo el título En Madrid por derecho a decidir", consistiendo en la intervención de varias personas,

lectura de algún poema, proyección de algún video y posible interpretación de alguna canción, el día 17 de septiembre de 2017 de 10:00 a 15:00 horas, montajes y desmontajes incluidos”.

Por otra parte, en el propio escrito de interposición, conforme se desprende del **OTROSI DIGO** del mismo, el Grupo Municipal recurrente interesa la medida cautelar consistente en que “Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en concordancia con el 130 de la misma , y debido a la concurrencia de circunstancias de especial urgencia que expondremos en el cuerpo de este escrito, esta parte Solicita la MEDIDA CAUTELARÍSIMA de la SUSPENSIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DEL USO DEL LOCAL MUNICIPAL sito en la Nave Terneras del antiguo Matadero, para la celebración de un acto el próximo día 17 de Septiembre, debido a la inminencia de la fecha del evento y al objeto de asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria y para evitar que pierda su finalidad legítima el recurso contencioso-administrativo correspondiente”.

Finalmente, en el **SUPPLICO** del citado **OTROSI DIGO** el recurrente solicita “Al Juzgado que corresponda la **urgente tramitación de esta pieza de suspensión del Decreto de la Concejal del Distrito de Arganzuela del Ayuntamiento de Madrid**, Dña Rommy Arce Legua, de fecha 6 de Septiembre de 2017, **autorizando el uso de la Nave Terneras, del antiguo Matadero de Legazpi**, de titularidad municipal el próximo día 17 de Septiembre a Don Pedro Casas Álvarez en representación de la asociación La Comuna, para un acto público bajo la denominación "En Madrid por el derecho a decidir" **impugnado conforme al art 135 de la Ley Contenciosa, a fin de que pueda ser de general conocimiento y surta los efectos oportunos** en lugar y fecha " ut supra".

Pues bien, con anterioridad al balanceamiento de los intereses en conflicto propio de la medida cautelar, procede oponer *-in limine litis-* que el recurso no puede ser admitido a trámite porque, ni el GRUPO MUNICIPAL POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID, aquí recurrente, ni cualquier otro GRUPO MUNICIPAL de cualquier entidad local, tiene personalidad jurídica, y, por tanto, como tiene resuelto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, carece de legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, como veremos.

La falta de personalidad jurídica de los Grupos políticos municipales, cualquiera que sea, y, por tanto, su falta de legitimación activa, determinan la concurrencia de la causa de inadmisión del recurso, según los artículos 51.b y 69.b de la LJCA, y, por ello, la consecuente falta de legitimación activa para pretender -en el seno del mismo- la adopción de cualquier medida cautelar, por lo que, en nuestro caso, ya adoptada la misma *inaudita parte* conforme autoriza el artículo 135 de la LJCA en el Auto de 12.09.2017, procede ahora que se inadmita el recurso, se deje sin efecto el auto y se acuerde el levantamiento de la medida adoptada, y todo ello por ser una cuestión de pura naturaleza procesal, sin necesidad de examinar cuáles sean los intereses en conflicto. Para la correcta comprensión de la cuestión jurídica planteada procede traer a colación los siguientes antecedentes de hecho:

- 1.- Con fecha 12 de julio de 2017, se solicita por instancia general en la Junta Municipal de Arganzuela, por D. Pedro Casas Álvarez, en representación de la Asociación la Comuna, la celebración de un acto público.
- 2.- Por parte de la Presidencia del Distrito de Arganzuela, se solicita la descripción del acto público que se va a desarrollar.

3.- Con fecha 5 de septiembre de 2017, y por D. Pedro Casas, firmante de la petición para la realización del acto, se describe el acto público que se va a desarrollar. En dicho escrito, y en el último párrafo del mismo, se especifica que el acto se titula “En Madrid por el derecho a decidir” y se explica que consistirá en intervenciones de varias personas, lectura de algún poema, proyección de algún video y posible interpretación de alguna canción.

4.- Con fecha 5 de septiembre de 2017, por la Junta de Distrito de Arganzuela se comunica que no existe inconveniente en continuar con la tramitación de la solicitud presentada por considerar que la actuación contribuye al desarrollo social siendo por su finalidad, de aceptación popular generalizada sin que se menoscabe interés general

5.- Con fecha 6 de septiembre, se dictó decreto por la Concejalía del Distrito de Arganzuela, por el que se acordaba la autorización de la cesión de la Nave Terneras del Matadero de Madrid, para la realización del acto “En Madrid por el derecho a decidir”.

**SEGUNDA.- Inadmisibilidad del recurso y consecuentemente improcedencia de la adopción de medida cautelar alguna.** Efectivamente, procede oponer *-in limine litis-* que el recurso no puede ser admitido a trámite, con base en los artículos 19, 45.2, 51.b y 69.b de la LJCA, porque el GRUPO MUNICIPAL POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID no tiene personalidad jurídica, y, por tanto, carece de legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

El Grupo Municipal Popular carece de legitimación como tal, al no tener personalidad jurídica, en los términos de la sentencia de 5 de marzo de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y sin perjuicio de la legitimación de los concejales como representantes de los ciudadanos. Así lo ha declarado el JCA nº 32 de Madrid, en una sentencia firme dictada en un procedimiento en el que era recurrente el propio Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid.

Sobre el objeto del pleito y la pretensión de la demandante, y entrando a analizar la legitimación activa de la parte actora, el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone que:

*"1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional Contencioso- Administrativo:*

*a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo."*

De otro lado, el artículo 69.b), en relación con el artículo 51.b), de la misma Ley señala que:

*"La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes:*

*b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada".*

De acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial en el ámbito de los partidos políticos y en particular sobre su legitimación activa, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, de entre las que destaca lo dicho en Sentencia de 6 de abril de 2004 -casación 34/02 FJ- y en Sentencia de 18 de enero de 2005, en las que se señala que:

*"Los partidos políticos constituyen instrumentos de participación política de los ciudadanos en el Estado democrático. Según el artículo 6 de la Constitución expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Esta naturaleza les atribuye una función política de carácter general que no es suficiente para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento. No es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política. Sostener la existencia en favor de los partidos de legitimación para impugnar cualquier acto administrativo por la relación existente entre los fines que aquéllos pueden perseguir según su ideología o programa de actuación y el sector político, social o económico sobre el que produce efectos aquel acto equivaldría a reconocerles una acción popular. En efecto, nadie puede imponer límites materiales a la actuación de los partidos y a los fines perseguidos por éstos (ejercen libremente sus actividades, según el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos), fuera de los que derivan del funcionamiento del sistema democrático con arreglo a la Constitución y de su sometimiento al ordenamiento jurídico".*

A la vista de los diferentes pronunciamientos judiciales que se han ido sucediendo, y partiendo de lo dicho en las ya citadas sentencias de 6 de abril de 2004 y 18 de enero de 2005, se indica en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Especial) del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2014 que:

*(a) La doctrina general que se extrae de la legitimación activa de las personas jurídicas resulta plenamente aplicable a los partidos políticos. De manera que este tipo de forma asociativa, por sí sola, no resulta razón suficiente para reconocer una legitimación activa general o de simple interés de legalidad, para poder recurrir en el orden contencioso-administrativo disposiciones de carácter general. El que se trate de un partido político no añade un plus en orden a la determinación de su legitimación activa, ni permite extender el ámbito del preceptivo interés legítimo de manera difusa a los objetivos o fines de interés de política general del partido.*

*(b) El mero interés de legalidad no constituye, sin más, interés legítimo suficiente como para habilitar el acceso a la jurisdicción, sin que ello suponga una interpretación contraria al principio pro actione, independientemente de que sea un partido político quien recurra.*

*(c) El que los partidos sean el cauce de la participación política, y concurren a la formación de la voluntad popular, no es suficiente para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier actividad administrativa, si no se aprecia una conexión específica en concreto interés, actuación o funcionamiento del partido.*

*(d) Es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política. Es necesario que pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado en la esfera de partido político, no de manera hipotética, abstracta, general o potencial."*

No obstante lo anterior, junto a esa legitimación general existe otra legitimación "ex lege" a favor de los miembros electivos de las Corporaciones Locales, para impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico, no basada en el interés abstracto por la legalidad, sino directamente derivada de la condición de representante

popular que ostentan los concejales de una Corporación Local, que se traduce en un interés concreto en controlar su correcto funcionamiento, como único medio de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL).

En efecto, la citada Ley al regular la impugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones, en su artículo 63.1 dispone que:

*"1. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:*

*a) La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en los casos y términos previstos en este Capítulo.*

*b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos".*

La legitimación para la impugnación de actos y acuerdos la ostentan los concejales a título individual y no el Grupo al que pertenecen, en razón a que dichos grupos ostentan personalidad jurídica en la actividad "*interna corporis*" de la Entidad Local pero no para una actividad externa como la procesal.

A esta conclusión llega el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 8 de julio de 2016 cuando afirma que:

*"El motivo de casación ha de ser estimado. La tesis de la sentencia de instancia vulnera el art. 19.1.a) de la LJCA, ya que no cabe apreciar en partido político, en sí mismo considerado, ningún interés concreto o actual en la impugnación del Presupuesto del Ayuntamiento de Cerdanyola del Valles, por el hecho de que dos concejales del citado municipio pertenezcan al partido político recurrente. Esta circunstancia no aporta ningún elemento de concreción del interés necesario para la legitimación al amparo del art. 19.1.a), ni acredita que el acto administrativo impugnado repercuta de forma directa o indirecta, pero en todo caso de manera efectiva, en el partido político recurrente. El interés apreciado es, por contra, un interés difuso, basado en la naturaleza política de los fines e intereses del partido recurrente, que obviamente se ven concernidos en general por cualquier actuación política del Ayuntamiento del que forman parte concejales que militan en el mismo. Pero esta naturaleza difusa de los intereses, que entraña un mero interés por la defensa de la legalidad, ha sido negada como elemento configurador de la legitimación activa al amparo del art. 19.1.a) en una reiterada jurisprudencia de nuestra Sala que se sintetiza en la sentencia de 3 de marzo de 2014".*

Añade la sentencia citada que:

*"La sentencia recurrida, consciente de esta doctrina jurisprudencial, invoca la legitimación de los concejales encuadrados en el partido político recurrente, y pretende apoyar su conclusión favorable a la legitimación en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre. Pero el paralelismo con el caso analizado luce por su ausencia, pues en la citada sentencia del Tribunal Constitucional se resuelve sobre la legitimación de un concejal al que se le negó la legitimación para recurrir un acto de la corporación local de la que formaba parte -lo que no ocurre en el presente supuesto-, y versa sobre el alcance de la exigencia del art.*

63.1.b) de la Ley 7/1985, de bases de régimen local, dado que el concejal recurrente no formaba parte del órgano que dictó el acto impugnado. La doctrina que allí sienta el Tribunal Constitucional no guarda relación alguna con el litigio que enjuiciamos, pues tan solo analiza las limitaciones a la legitimación del concejal -y no a la de un partido político-en el sentido de que tal especificación del voto en contra que impone el art. 63.1,b) de la LBRL«[... no puede interpretarse, desde una perspectiva constitucional y en presencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos -art. 24.1 CE-, en et sentido de que si la Ley únicamente alude a los miembros de un órgano colegiado para hacer posible la impugnación de los actos en cuya adopción hayan intervenido, es que ésta resulta vedada para los demás de que el concejal haya votado en contra del acuerdo [...]».

*Por consiguiente, la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 19.1.a) de la LJCA, y de la jurisprudencia que lo interpreta, por lo que ha lugar a estimar el recurso de casación con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida, resolviendo en los términos del debate (art. 95.2.d de la LJCA), sin que resulte preciso el examen de los restantes motivos de casación."*

Por todo lo anterior, entiende esta representación procesal, que el Grupo Municipal Popular recurrente carece de legitimación para la interposición del presente recurso contencioso administrativo, teniendo en cuenta que la legitimación "ex lege" a favor de los miembros electivos de las Corporaciones Locales solo puede estar directamente basada en la condición de representante popular que ostentan los concejales de la Corporación en cuanto a controlar el correcto funcionamiento del Ente público, como único medio de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, tal como se desprende del art. 25.1 de la LBRL, teniendo en cuenta al mismo tiempo que esta falta de legitimación no es subsanable.

Respecto a la cuestión de inadmisibilidad del recurso planteado, el Tribunal Supremo ha declarado en reciente Sentencia nº 947/2016, de 29 de abril, lo siguiente: *"El concepto de legitimación ad causam ha sido reconocido por la moderna doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reacciona, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal y que ha incidido en su esfera vital de intereses; la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente y además , incurra en ilegalidad. Como ha dicho la sentencia de 19 de febrero de 2014 (recurso 1612/ 2001) de este Tribunal Supremo "la legitimación " ad causam " consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte: se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre a titularidad jurídica afirmada ( activa o pasiva ) y el objeto jurídico pretendido. Constituye un presupuesto que debe ser examinado de modo previo al conocimiento del asunto, por cuanto en el caso de estimar la cuestión planteada como excepción procesal, no podrá ser en modo alguno estimada la acción, cuando quién la ejercita no es parte legítima. Su naturaleza y sus efectos determinan que deba ser apreciada de oficio, ya que su reconocimiento no lleva consigo la atribución de derechos subjetivos u obligaciones materiales, sino que, como enseña la más autorizada doctrina, coloca o no al sujeto en la posición habilitante para impetrar la aplicación de la ley a un caso concreto mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional.*

*La legitimación activa es un requisito procesal, esto es, una de las circunstancias que han de darse para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se deduzca.*

*En cuanto al momento en que ha de darse, el requisito procesal de la legitimación activa, como todo requisito procesal, ha de darse en el momento de iniciarse el proceso. Ahora bien, se ha planteado el problema de la posibilidad de subsanación, lo que supone que el defecto sea susceptible de ello, pues mal puede subsanarse lo que no es subsanable, que es lo que, en principio, ocurre con la falta de legitimación, pues si ésta depende de una determinada posición respecto a la pretensión, tal posición existirá o no existirá desde el momento de iniciarse el proceso.*

*Ahora bien, es posible que se produzca una alteración en las circunstancias objetivas que determinen la adquisición de aquella aptitud en que consiste la legitimación después de iniciado el proceso. En estos supuestos de adquisición de un derecho durante la tramitación del proceso, derecho que confiere legitimación, el problema que se plantea es el de si conlleva la subsanación del defecto de legitimación existente en el momento de la iniciación. Entendemos que aplicando estrictamente los principios procesales tal subsanación no sería posible porque no pueden darse efectos retroactivos a una adquisición de la titularidad legitimadora."*

También ha dicho nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de junio de 2016 (recurso 2466/2014) que resuelve el recurso de casación formulado por la Abogacía del Estado frente a la sentencia de la Sala vasca que apreció la falta de jurisdicción para enjuiciar el acuerdo de las Juntas Generales de Guipúzcoa sobre imposición de la bandera española, que: *"Una actuación deja de ser meramente política cuando siquiera indiciariamente es susceptible de causar efectos jurídicos; en este sentido la sentencia núm. 42/2014, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional el 25 de marzo de 2014 en el recurso núm. 1389/2013, sobre declaración de soberanía y derecho a decidir del Parlamento de Cataluña, aclara los confines del acto político ajeno al enjuiciamiento, a los controles jurisdiccional y constitucional. La actuación del Tribunal Constitucional y de los Juzgados y Tribunales es diferente, desde luego, pero hay un punto de coincidencia negativo cual es que, salvo excepciones atinentes a derechos fundamentales y libertades públicas que pueden verse afectados en el desarrollo de los actos propiamente políticos, estos son ajenos al control de unos y otros órganos y aquí es donde radica la importancia de la sentencia puesto que para encontrarnos ante un acto de esta naturaleza lo decisivo es que no cause efectos jurídicos. En este caso ya vemos que efectivamente si los origina y, por ende, no puede estimarse que se trate de un acto de tal naturaleza. Consecuentemente debe estar sometido al control jurisdiccional de legalidad."*

Es decir, el Tribunal Supremo ha admitido en casos en los que se somete a examen la legalidad de los actos de contenido político, la legitimación "*ad causam*" del grupo político.

Pero no es menos cierto que la Sentencia del TS n° 1680/2016, de 8 de julio (ROJ 3393/2016), dictada en el Recurso 3916/2014, ratifica la inadmisibilidad del recurso con los siguientes argumentos:

*«TERCERO.- Puesto que la excepción que opuso la parte demandada y hoy recurrente, Ayuntamiento de Cerdanyola del Valles, se sustenta en la falta de legitimación activa de la actora, el partido político Compromis per Cerdanyola, abordaremos primero la vertiente del único motivo de casación que invoca la infracción del art. 19.1 de la LJCA.*

*La sentencia recurrida establece una serie de precisiones que no siendo discutidas, delimitan el análisis de la legitimación de la parte actora. En primer lugar, que el recurso contencioso administrativo se interpuso por el partido político. Así, se establece en el FD*

*segundo que «en el escrito de interposición del recurso se indica que el mismo lo interpone el partido político Compromís per Cerdanyola, representado por el Concejal portavoz, Don, Eleuterio, y que la Presidenta de ese partido político, mediante apud acta, apoderó al Procurador actuante. En la demanda la legitimación activa del partido político recurrente se sustenta en el artículo 19.1.a), b) y g) de la LJCA». Consta en las actuaciones que la referencia del escrito de interposición a don Eleuterio lo es como representante del partido político, y no como recurrente, pues se expresa con toda claridad en el escrito de interposición que quien interpone el recurso es Compromís per Cerdanyola. Esto se corrobora con el hecho de que el requerimiento de subsanación de la falta de poder del procurador compareciente fue atendido por el partido político Compromís per Cerdanyola, que a través de su presidenta, doña Fátima, otorgó apoderamiento apud acta a favor del procurador. De manera que la única parte actora es Compromís per Cerdanyola.*

*La sentencia recurrida, partiendo de esta premisa, aborda la legitimación del partido político, y después de examinar la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, con transcripción parcial del FD quinto de nuestra sentencia de 3 de marzo de 2014 (rec. cas. núm. 4453/2012), concluye declarando la legitimación del partido político recurrente, Compromís Per Cerdanyola, ya que considera determinante el dato de que en el mismo «[...] se integran dos Concejales del Ayuntamiento de Cerdanyola del Valles» para lo cual invoca la previsión del art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local. Obviamente la sentencia declara la legitimación sobre la base del art. 19.1.a) de la LJCA, que cita un poco más arriba, señalando que en tanto que esos concejales tienen un interés concreto en controlar el correcto funcionamiento de la Corporación Local en la que ejercen el « [...] cargo de representante popular [...]», ello se traduce en un « [...] interés concreto como único medio de controlar su correcto funcionamiento».*

*Es decir, la Sala de instancia entiende que la legitimación del partido político deriva del interés concreto que le otorga el hecho de que dos concejales del Ayuntamiento de Cerdanyola del Valles pertenezcan al partido político recurrente.*

*CUARTO.- El motivo de casación ha de ser estimado. La tesis de la sentencia de instancia vulnera el art. 19.1.a) de la LJCA, ya que no cabe apreciar en el partido político, en sí mismo considerado, ningún interés concreto o actual en la impugnación del Presupuesto del Ayuntamiento de Cerdanyola del Valles, por el hecho de que dos concejales del citado municipio pertenezcan al partido político recurrente. Esta circunstancia no aporta ningún elemento de concreción del interés necesario para la legitimación al amparo del art. 19.1.a), ni acredita que el acto administrativo impugnado repercuta de forma directa o indirecta, pero en todo caso de manera efectiva, en el partido político recurrente. El interés apreciado es, por contra, un interés difuso, basado en la naturaleza política de los fines e intereses del partido recurrente, que obviamente se ven concernidos en general por cualquier actuación política del Ayuntamiento del que forman parte concejales que militan en el mismo. Pero esta naturaleza difusa de los intereses, que entraña un mero interés por la defensa de la legalidad, ha sido negada como elemento configurador de la legitimación activa al amparo del art. 19.1.a) en una reiterada jurisprudencia de nuestra Sala que se sintetiza en la sentencia de 3 de marzo de 2014 (rec. cas. núm. 4453/2012), cuyo FD quinto resume y sistematiza esta doctrina en los siguientes términos:*

*«A la vista de los diferentes pronunciamientos que se han ido sucediendo, y partiendo, como referencia prioritaria, a lo dicho en ya citadas sentencias de 6 de abril de 2004, 18 de enero de 2005 y 14 de junio de 2010, podemos concluir que:*



(a) *La doctrina general que se extrae de la legitimación activa de las personas jurídicas resulta plenamente aplicable a los partidos políticos. De manera que este tipo de forma asociativa, por si sola, no resulta razón suficiente para reconocer una legitimación activa general o de simple interés de legalidad, para poder recurrir en el orden contencioso-administrativo disposiciones de carácter general. El que se trate de un partido político no añade un plus en orden a la determinación de su legitimación activa, ni permite extender el ámbito del preceptivo interés legítimo de manera difusa a los objetivos o fines de interés de política general del partido*

(b) *El mero interés de legalidad no constituye, sin más, interés legítimo suficiente como para habilitar el acceso a la jurisdicción, sin que ello suponga una interpretación contraria al principio pro actione, independientemente de que sea un partido político quien recurra.*

(c) *El que los partidos sean el cauce de la participación política, y concurran a la formación de la voluntad popular, no es suficiente para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier actividad administrativa, si no se aprecia una conexión específica con un concreto interés, actuación o funcionamiento del partido.*

(d) *No es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política. Es necesario que pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado en la esfera de partido político, no de manera hipotética, abstracta, general o potencial». En el mismo sentido nos hemos pronunciado también en sentencia de 20 de junio de 2014 (rec. cont-advo. núm. 20/1987).»*

*La sentencia recurrida, consciente de esta doctrina jurisprudencial, invoca la legitimación de los concejales encuadrados en el partido político recurrente, y pretende apoyar su conclusión favorable a la legitimación en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre. Pero el paralelismo con el caso analizado luce por su ausencia, pues en la citada sentencia del Tribunal Constitucional se resuelve sobre la legitimación de un concejal al que se le negó la legitimación para recurrir un acto de la corporación local de la que formaba parte -lo que no ocurre en el presente supuesto-, y versa sobre el alcance de la exigencia del art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, de bases de régimen local, dado que el concejal recurrente no formaba parte del órgano que dictó el acto impugnado. La doctrina que allí sienta el Tribunal Constitucional no guarda relación alguna con el litigio que enjuicamos, pues tan solo analiza las limitaciones a la legitimación del concejal -y no a la de un partido político- en el sentido de que tal especificación del voto en contra que impone el art. 63.1.6) de la LBRL «[...] no puede interpretarse, desde una perspectiva constitucional y en presencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos - art. 24.1 CE -, en el sentido de que si la Ley únicamente alude a los miembros de un órgano colegiado para hacer posible la impugnación de los actos en cuya adopción hayan intervenido, es que ésta resulta vedada para los demás de que el concejal haya votado en contra del acuerdo [...]».*

*Por consiguiente, la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 19.1.a) de la LJCA, y de la jurisprudencia que lo interpreta, por lo que ha lugar a estimar el recurso de casación con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida, resolviendo en los términos del debate (art. 95.2.d de la LJCA), sin que resulte preciso el examen de los restantes motivos de casación.*

*QUINTO.- Entrando en el examen del litigio, y negada la legitimación invocada al amparo del art. 19.1.a) de la LJCA, queda por abordar los otros dos títulos legitimadores que invocó la demandante. En cuanto al art. 19.1.b) de la LJCA, que se refiere a «Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos», en lo dicho más arriba queda excluida la legitimación del partido político Compromís per Cerdanyola, al amparo del apartado b) del art. 19.1 de la LJCA, pues siendo un requisito estar afectado por el acto o disposición que se pretende impugnar, ya se ha razonado que no se ha acreditado una afectación efectiva para el partido político recurrente.*

*Y respecto del art. 19.1.g) que se refiere a «Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines» es claro que un partido político es una forma de organización, amparada por el art. 6 de la CE, absolutamente ajena a las Corporaciones de Derecho público que delimita el apartado g) del art. 19.1 de la LJCA, por lo que la legitimación invocada al amparo de esta norma carece de cualquier fundamento. »*

En conclusión, y a la luz de esta doctrina, debe declararse inadmisibile el presente recurso contencioso-administrativo, sin que sea dable entrar a examinar la medida cautelar interesada por la parte demandante.

Y al respecto reproducimos ahora lo resuelto en fecha reciente con relación a la misma cuestión por la sentencia nº 212/2017, dictada en el P.O. 376/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid, de fecha 18 de mayo de 2017, que a su tenor literal declaró:

*"SEGUNDO.- La primera cuestión que plantea el Ayuntamiento demandado es la falta de legitimación de los recurrentes por cuanto que los Grupos Políticos carecen de personalidad jurídica y son los Concejales como representantes de los ciudadanos los que la ostentan.*

*Pues bien, sobre esta materia hay que señalar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19-1-a) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en primer lugar las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, determinándose el concepto de interesado en el artículo 31 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, al señalar que se consideran interesados en el procedimiento administrativo a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

*En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la legitimación viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial.*

*La Jurisprudencia ha sufrido una notable evolución y se ha ido ampliando hasta el punto de abarcar dentro del concepto de legitimación no solo el más restringido concepto de "interés directo" que ha sido sustituido por el más amplio de "interés legítimo" (artículo 19.1.a), aunque sigue siendo una exigencia indeclinable la existencia de un "interés" como base de la legitimación. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión "interés legítimo", utilizada en el artículo 24.1 de la CE EDL 1978/3879, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de "interés directo", ha de tenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico, lo que ha elevado al Tribunal Supremo a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (STS 1 de octubre de 1990) y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (STS de 19 de mayo de 2000).*

*En definitiva, el concepto jurisprudencial de legitimación se ha ampliado hasta el punto de que se puede concluir que respecto a las personas físicas o jurídicas, la presencia de un interés legítimo, se identifica en su dimensión procesal por el Tribunal Supremo, en lo que se ha denominado el propio círculo vital, como una forma de evitar un potencial perjuicio ilegítimo temido, ya sea de contenido material o moral, siendo necesario que la declaración pretendida del órgano jurisdiccional suponga para el reclamante un beneficio o utilidad, siquiera sea instrumental o de efecto indirecto, sin que sea suficiente ni el mero interés por la legalidad, salvo en los casos muy limitados en que se admite la acción popular, ni un interés frente a agravios potenciales o de futuro (sentencias de 28 de junio de 1994, 26 de julio de 1996, 6 de marzo, 15 y 26 de septiembre de 1997).*

*TERCERO.- En relación con el caso concreto relativo a la posible legitimación de los Grupos Políticos, hay que partir de la base de que el recurrente ejercita el recurso como Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid lo que exige el examen de si la tal condición, le atribuye legitimación. En este orden de cosas debe indicarse que los grupos políticos sólo tienen una función estrictamente corporativa (según literalmente dice el artículo 23.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986), y, por lo tanto, cualquier actuación externa, como la procesal, ha de ser asumida individualmente por los concejales.*

*En este sentido la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse al respecto pudiendo citarse la Sentencia de 16 diciembre 1999 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) o la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) de 16 mayo 1994. Así esta última sentencia determina que "Reconociendo a los Grupos Municipales interés para impugnar los actos que les afecten como tal grupo, la amplitud de su legitimación ha de derivar de la de su actuación en el Ayuntamiento y el examen de los correspondientes preceptos del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, demuestra sin ninguna duda que su actuación se desarrolla en el ámbito interno de la Corporación. Los grupos tienen derecho a un despacho o local en la sede de la Corporación (artículo 27), pueden hacer uso de los propios locales de aquélla para celebrar reuniones o sesiones de trabajo ( artículo 28.1), tienen derecho a participar en todos los órganos colegiados integrados por*

*miembros de la Corporación pertenecientes a diversos grupos (artículo 29), pueden participar en la determinación del orden del día por razones de urgencia (artículo 91.4) y su portavoz manifiesta en los debates la opinión de los agrupados (artículo 94). A esto únicamente alcanza el papel del Grupo municipal que si facilita el funcionamiento de los órganos colegiados del Ayuntamiento no sustituye a los miembros de la Corporación. Es al número de Concejales presentes a lo que se atiende para computar el «quorum» exigible para la constitución del Pleno (artículo 90) y, además de las posibilidades de intervención individual de aquellos tienen en los debates, los acuerdos se adoptan con su voto favorable que es personal e indelegable (artículo 99.5) como es también personal la responsabilidad de los Concejales que hubieren votado favorablemente por los acuerdos de los órganos colegiados del Ayuntamiento (artículos 78.2 LRBRL y 22.2 del Reglamento 28 noviembre 1986), No es, pues, en el concepto de interés directo que emplea el artículo 28.1.a) LJ donde se puede encontrar el punto de conexión entre la cuestión de fondo planteada en un proceso y quien interviene en él como recurrente y que le atribuye la cualidad de parte legítima, sino en la específica previsión del artículo 63.1.b) LRBRL que independientemente de quién la posea para impugnar los acuerdos de las Corporaciones locales por tener interés directo en ello se la concede individualmente a unas personas, los miembros de las corporaciones que hubieren votado en contra, que en otro caso no la tendrían.*

*Consecuencia de lo anterior es que haya que estimar la excepción de falta de legitimación y por ello la declaración de inadmisión del recurso al haber sido interpuesto por persona no legitimada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.b, en relación con el 69.b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa."*

La cuestión ha sido también resuelta en ese sentido, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid nº 32, en **sentencia firme Nº 9/2017, de fecha 16 de enero de 2017, cuya copia se acompaña como documento número uno**, dictada en el Procedimiento Abreviado 375/2016 A, interpuesto por el propio GRUPO MUNICIPAL PARTIDO POPULAR AYTO MADRID, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: **"DECLARO LA INADMISIBILIDAD del recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre y representación del Grupo Municipal Partido Popular del Ayuntamiento de Madrid contra la resolución de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid mencionada más arriba, sin más pronunciamientos. Con imposición en costas a la parte recurrente, respecto de las causadas en este proceso"**

Por otra parte, la consecuente declaración de no haber lugar a la tramitación de la pieza de medidas cautelares en un supuesto de inadmisión del recurso principal, ha sido igualmente observada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 15 de Madrid en el Auto nº 69/2016 de 21 de mayo de 2016, **cuya copia se acompaña como documento número dos**, en cuya parte dispositiva dice: **"DISPONGO.- Inadmitir el presente recurso para la protección de los Derechos Fundamentales promovido por el ....frente a la ....., y no haber lugar a tramitar pieza de medidas cautelares"**.

Por todo ello, procede que, con carácter principal, por el juzgado se estime la presente causa de inadmisibilidad y se acuerde la INADMISIÓN del presente recurso contencioso administrativo y, consecuentemente, se declare por el Juzgado no haber lugar a tramitar la pieza de medidas cautelares solicitada, dejando sin efecto el auto recurrido de 12 de septiembre de 2017, con expreso levantamiento de la medida cautelar adoptada en el mismo.

**TERCERA.- Régimen jurídico que autoriza la adopción del acto recurrido. Incongruencia del fallo.**

**1. Contenido del Decreto y manifiesto error de calificación en la premisa mayor que sienta el Auto de 12.09.2017 en el Fundamento de Derecho PRIMERO.**

De manera apriorística y aventurada, y sin ningún principio de prueba, el **Auto de 12.09.2017** afirma en el **Fundamento de Derecho PRIMERO**, que “*El evento señalado, para el que se cede por el Ayuntamiento de Madrid el uso de la nave Ternereras, del antiguo Matadero de Legazpi, de titularidad municipal, consiste en esencia en un acto de apoyo a la Ley 19/2017, del Parlamento de la comunidad autónoma de Cataluña...*”, por lo que toda su fundamentación jurídica posterior adolece de un error originado en el propio planteamiento de la cuestión, que lleva al juzgador en el Fundamento de Derecho QUINTO a la realización de una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto inadecuada, que finalmente determina la adopción en la parte dispositiva del auto de una medida cautelarísima disconforme a derecho.

Cabe adelantar, en cualquier caso, que de haberse tratado de un acto, el planteado por La Comuna, de apoyo a dicha Ley catalana, la disconformidad a Derecho del auto objeto de estas alegaciones sería, como veremos en argumentos posteriores, igualmente incontestable. El Decreto de la Concejal de Arganzuela por el que se autoriza la utilización de bienes municipales para la celebración de un acto público durante un horario determinado por parte de una asociación sin ánimo de lucro, se encuentra amparado por el artículo 92 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con los artículos 82 del Reglamento de Bienes y 14 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, respectivamente.

El mencionado artículo 92 establece en su apartado 1 que las autorizaciones para la utilización del dominio público “*se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia*”.

Las condiciones a las que hace mención el apartado 1 se recogen en el artículo 82 del Reglamento de Bienes:

*“1. Cuando alguna persona, por propia iniciativa, pretendiere una ocupación privativa y normal de dominio público, deberá presentar una memoria explicativa de la utilización y de sus fines, y justificativa de la conveniencia y de la normalidad de aquéllos respecto del destino del dominio que hubiere de utilizarse.*

*2. La Corporación examinará la petición y teniendo presente el interés público, la admitirá a trámite o la rechazará.”*

La memoria explicativa fue requerida por el Distrito al solicitante. Si esta fue sucinta, se correspondía con la brevedad y contenido del acto, por lo que el órgano competente no encontró razones de interés público que justificaran su rechazo.

Por otra parte, corresponde a los Concejales Presidentes de los Distritos: “*Otorgar las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público en vías públicas, paseos, parques y espacios públicos municipales, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos*”,

conforme al apartado 6.2 del Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de organización y competencias de los Distritos.

## **2. Contenido del acto solicitado.**

De conformidad con la documentación presentada, el acto que tendría lugar en el recinto municipal consistía en la intervención de varias personas, lectura de algún poema, proyección de algún video y posible interpretación de alguna canción.

La asociación solicitante llamada “La Comuna” se constituyó en el año 2011 y tiene por objeto el dar testimonio de la represión que se produjo durante la dictadura franquista.

Esta asociación no ha sido ilegalizada y por tanto los fines de la misma, a los que se ajusta el acto solicitado, no pueden ser objeto de reproche con base en meras sospechas y ninguna prueba de realización de actividades contrarias a la ley o la Constitución.

## **3. Incongruencia del fallo respecto de la petición del demandante e indefensión de la asociación solicitante de la autorización.**

Como razona el TSJM en su sentencia 1183/2015 de 11 de diciembre:

*Respecto de las pretensiones, en cambio, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 de marzo (LA LEY 5209/2000), FJ 3). En fin, es pertinente recordar que la congruencia es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar a este Tribunal. Por lo tanto, la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) si provoca la indefensión de alguno de los justiciables, alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (STC 169/2002, de 30 de septiembre (LA LEY 10002/2003), FJ 2)".*

En el presente caso, la incongruencia ocasiona la indefensión de la asociación solicitante de la utilización del espacio municipal ante el fallo de la resolución judicial, que restringe su libertad de expresión (y los restantes derechos fundamentales a los que más adelante nos referiremos) bajo la sospecha de que ésta va a ser contraria a las leyes, lo que no se deriva ni de sus fines ni de la información suministrada al Ayuntamiento para la celebración del acto en cuestión.

El TC ha señalado, entre otras, en sentencia 212/2003, de 1 de diciembre, que el deber de congruencia con la pretensión y el derecho de defensa constituyen garantías de todo procedimiento jurisdiccional:

*“la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión sólo puede imponerse por el órgano judicial competente en el marco de un proceso y con las debidas garantías, de modo que las quiebras de garantías producidas en el seno del proceso judicial en el*

*que se autoriza dicha restricción constituyen déficits de la tutela judicial que ex Constitutione el derecho fundamental requiere.”*

En el caso concreto que ahora se examina, debe señalarse que la parte recurrente solicita expresamente en su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo que “se dicte sentencia por la que se declare que la resolución impugnada no es conforme a Derecho y se anule la misma”.

En su petición de medidas cautelarísimas cambia su anterior suplico y solicita “la suspensión de la autorización del uso del local municipal sito en la Nave Ternerías del antiguo Matadero”.

Y finalmente ese Juzgado ha acordado “la suspensión del acto previsto para el día 17 en la sala Ternerías del antiguo Matadero Municipal de Madrid, patrocinado por la asociación La Comuna”.

Como puede observarse existe una clara incongruencia entre lo que confusamente se pide y lo que judicialmente se resuelve. El escrito anunciando el recurso se refiere a una resolución administrativa, cuya nulidad se pide, y sin embargo la resolución judicial acaba haciendo referencia a la suspensión de un acto que afecta a la Asociación La Comuna, la cual no ya es que no haya sido oída, sino que ni siquiera ha sido demandada. De manera manifiesta se ha vulnerado el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la tutela jurisdiccional, incluida la adopción de medidas cautelares, exige que se ejerza frente “a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida”. En el supuesto presente el auto dictado el 12 de septiembre de 2017 afecta de manera directa a la Asociación “La Comuna”, quien en ningún momento ha sido llamada al procedimiento.

Además de ello, y por lo que hace ahora al objeto de la medida cautelar solicitada (suspensión de un Decreto de una Concejal de Distrito por el que se autoriza el uso de un bien de titularidad municipal), aparece igualmente infringido el principio de congruencia que debe presidir las resoluciones judiciales, en tanto en cuanto lo que se concede en ésta y en sede de justicia cautelar es algo bien distinto a lo que la parte demandante vino a solicitar (la suspensión de un acto patrocinado por una asociación que nada tiene que ver con el Ayuntamiento de Madrid).

Incorre así el Juzgado en incongruencia “*extra petita*”, a la que alude el Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia 2740/2016, de 22 de diciembre de 2016, en los siguientes términos:

*“Según ha declarado de forma reiterada este Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina constitucional, existe incongruencia cuando se produce una inadecuación entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y el petitum o los términos en que las partes plantearon sus pretensiones. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium (por todas, SSTC 174/2004 (LA LEY 14170/2004), 40/2006 (LA LEY 16770/2006), FJ 2º, y 44/2008 (LA LEY 3807/2008)).*

*Según hemos afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo (SSTS de 6 de mayo de 2010 (casación 3775/03 (LA LEY 76169/2010)) y 17 de enero de 2011 (casación 2586/2007) se incurre en incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda -incongruencia omisiva,*

*citra petita, ex silentio o por defecto- como cuando resuelve ultra petita partium, esto es, más allá de las peticiones de las partes, otorgando al actor más de lo pedido -incongruencia positiva o por exceso- o se pronuncia extra petita partium, fuera de las peticiones de las partes sobre cuestiones diferentes a las planteadas -incongruencia mixta o por desviación-*.

(...)

*Pues bien, la sola comparación entre el suplico de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, que antes hemos transcrito, permite concluir sin necesidad de mayor esfuerzo que se ha producido un claro desajuste entre lo interesado por la parte procesal y lo acordado por la Sala de instancia, que en su pronunciamiento adiciona una afirmación sobre el carácter favorable de la Declaración de Impacto Ambiental que la parte entonces actora no había incluido entre sus pretensiones. La Sala de instancia adoptó una decisión sobre un particular que no le había sido interesado y que no fue objeto de controversia, desconociendo el principio que obliga a los jueces a respetar los contornos que encierran el debate y que acotan su potestad jurisdiccional en el concreto litigio”.*

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 16 de enero de 2008 (Rec. 5743/2006), y después de establecer como modalidad de incongruencia más intensa o tosca precisamente la que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, añade que estas consideraciones “*cobran particular relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen no sólo dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes, sino dentro también de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición (art. 33.1 LJCA).*”

#### **CUARTA.- Régimen jurídico de la medida cautelar solicitada. Procedencia del alzamiento de la medida cautelar de suspensión del acto adoptada “*inaudita parte*”.**

El **artículo 130.1** de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) dispone que “*Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso*”. Asimismo en el **apartado 2** señala que “*la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses general o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*”.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio, 238-92, 17 diciembre, 148-93, 29 de abril), ya que “*la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*”. Así pues, resulta que “*la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue*” (STC 148/93, 29 de abril).

Esta es la posición que asimismo ha mantenido el Tribunal Supremo (**Auto de 8 de marzo de 2017, Sala Tercera, Sección 4ª, Rec. 88/2017**) al proclamar “*la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que*



implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación a la vigente regulación del sistema de medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, **(por todas la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 14 octubre 2008)**, señala que:

*“CUARTO Vistos los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder más adecuadamente al motivo de casación planteado, debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:*

*1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJCA).*

*2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".*

*3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".*

*4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.*

*5ª. Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.*

*6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo*

130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3)".

Asimismo, es constante el criterio de la Sala Tercera (entre otros en el **Auto de 3 de junio de 2016, Sección 4ª, Rec. 4560/2016**) acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" (Sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

Por su parte, la Sentencia de 20 de mayo de 2009 (recurso de casación 690/2008), con cita de otras anteriores, reitera que "la pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando, para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto".

También se ha reiterado que "con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil" (STS de 10 de octubre de 2006, recurso de casación 5372/2004).

En esa misma línea se pronuncia el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto, por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002).

Sentado lo anterior, seguidamente pasamos a acreditar que la ejecutividad de la autorización suspendida en el presente recurso (por la vía indirecta de la suspensión del acto para el que se concedió dicha autorización de un bien municipal), efectuada una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto (artículo 130.1, inciso primero, de la LJCA), no conlleva la pérdida de la finalidad legítima al recurso ("periculum in mora", artículo 130.1, inciso segundo, de la LJCA), así como que el mantenimiento de la medida cautelar causa perturbación grave, directamente, a los "intereses generales" (artículo 130.2 LJCA), y a los "intereses particulares" de la asociación promotora del acto público, e, indirectamente, a los "intereses particulares" del resto de los ciudadanos, lo que justifica muy fundadamente el levantamiento por el Tribunal de la medida cautelar adoptada.

En nuestro caso, se trata de **balancear el derecho fundamental del Grupo Municipal recurrente como instrumento fundamental a la participación política (artículo 6 de la CE) declarándose “concernido por el mandato dirigido a los poderes públicos y a las autoridades previsto en el artículo 87 de la LOTC, y por tanto pretendiendo cumplir con el mandato legal que también nos alcanza”**, con el también derecho constitucional a la autonomía del Ayuntamiento de Madrid para la gestión de sus respectivos intereses públicos con arreglo a la legalidad vigente; en este caso, la cesión de un espacio de titularidad municipal (artículo 137 de la Constitución), y el derecho fundamental **a la libertad de expresión** de terceros (artículo 20.1 a) de la Constitución), siempre desde la perspectiva de la no pérdida de la finalidad legítima del recurso (art. 130.1) y la no perturbación grave de los intereses generales y de terceros (art. 130.2), que el alzamiento de la suspensión conlleva.

**a.- PÉRDIDA DE LA FINALIDAD LEGÍTIMA DEL RECURSO E IRREVERSIBILIDAD DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN IMPUESTA** (“*periculum in mora*”, artículo 130.1, inciso segundo, de la LJCA).

La parte recurrente sostiene lo contrario y el auto de 12 de septiembre de 2017 acoge provisionalmente su criterio en el Fundamento de Derecho QUINTO, cuando dice que *“Por otro lado, es evidente que los bienes municipales tiene como función principal servir a los intereses generales, entre los cuales no puede incluirse, en modo alguno, la pretensión de realizar actos públicos en favor de un referéndum ilegal, suspendido por el Tribunal Constitucional y que atenta directa, clara y gravemente contra la unidad de España, proclamada en la Constitución, así como contra la soberanía del pueblo español, que se atribuye, según el propio texto constitucional, al conjunto de todos los nacionales, y no a cada una de sus divisiones territoriales, divisiones que por otro lado son contingentes y variables, como demuestra nuestra historia. En consecuencia, procede la suspensión del acto previsto para el día 17 en la sala Terneras del antiguo Matadero Municipal de Madrid, patrocinado por la asociación La Comuna, con la denominación “En Madrid por el derecho a decidir”*”.

Sin embargo, lo cierto es que la medida de suspensión se adopta desde la premisa apriorística de un presupuesto no demostrado, cual es la afirmación de que el acto tiene por objeto *“la pretensión de realizar actos públicos en favor de un referéndum ilegal, suspendido por el Tribunal Constitucional y que atenta directa, clara y gravemente contra la unidad de España, proclamada en la Constitución, así como contra la soberanía del pueblo español”*, lo que supone fundamentar la suspensión adoptada en un juicio de intenciones, sin prueba alguna -ya sea indiciaria- de que ello es así.

En consecuencia, la suspensión de la ejecutividad del Decreto recurrido, por la incongruente vía indirecta ya explicada, es la que conlleva la pérdida de la finalidad legítima del recurso, pues a diferencia de lo que afirma la parte recurrente que sostiene que *“... si lo que los convocantes del acto pretenden es reivindicar el derecho a decidir, es indiferente que lo hagan antes o después, precisamente, del uno de octubre, ya que ningún perjuicio se les deriva de una fecha u otra, y sin embargo es esencial para ellos que sea antes del uno de octubre porque lo que se pretende es reivindicar la celebración de la consulta, e incitar a la participación”*, la conclusión real es que se podrá ceder el local para otros actos públicos con la misma finalidad a la del acto suspendido a partir de que se dicte sentencia, pero no desde luego –*ratione temporis*- para el autorizado para el próximo día 17 de septiembre de 2017, con lo que ello supone de interrupción del ejercicio de los derechos fundamentales de los autorizados y del conjunto de ciudadanos que pretendan asistir en apoyo del “derecho a decidir”.

**b.- PRESUPUESTOS PARA UNA PREVIA VALORACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE TODOS LOS INTERESES EN CONFLICTO (artículo 130.1, inciso primero, de la LJCA).**

Como señala la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, de 14 octubre 2008**, antes citada, una de las notas que caracteriza el sistema general (artículos 129 a 134) de la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) es la apuesta decidida de la LJCA por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto. Así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2, in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

Es decir, el criterio de ponderación de los intereses concurrentes sirve como contrapeso o parámetro de contención del *periculum in mora*, es un criterio de ponderación complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: *"al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego"*.

Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia *"cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues (aquí el representado por el Grupo Municipal Popular), bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto"* (Auto de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

En nuestro caso, el juicio de ponderación que, tras el balanceamiento circunstanciado de los intereses en conflicto, ha de hacer el Tribunal [en un escenario, en el que no se encuentra acreditado ni siquiera indiciariamente que el acto público tenga por objeto la gestión o ejecución de ningún elemento necesario para la celebración del referendun cuya suspensión ha sido decretada por el Tribunal Constitucional], lleva a considerar prevalente (frente a los "intereses particulares" del Grupo Municipal recurrente, al que la adopción de la medida no causaría perturbación alguna) la protección directa de los "intereses públicos" del Ayuntamiento de Madrid y los "intereses particulares" de los promotores del acto, e indirectamente la protección de los "intereses particulares" del resto de los ciudadanos, pues a todo este conjunto de intereses públicos y privados la adopción de la medida cautelar causaría perturbación grave, al verse directamente afectados por la suspensión del acto público convocado, de modo que la suspensión haría perder irreversiblemente su finalidad legítima al recurso (art. 130.1 LJCA).

**QUINTA.- Principios constitucionales. Derechos y libertades en presencia.**

El auto ante el que se plantean estas alegaciones no hace mención en ningún momento a los bienes constitucionales que pueden estar en juego en el caso que resuelve, más allá de los que interesadamente le sirven para suspender el acto de La Comuna. Sin embargo, hay valores y principios constitucionales claramente implicados, así como varios derechos fundamentales concernidos.

A) La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogida en el artículo 9.3 de la Constitución alcanza igualmente a los tribunales de justicia y su invocación es especialmente necesaria en el caso que nos ocupa, en el que el Juzgado ha resuelto de manera incongruente sobre una medida cautelar, no ha tenido en cuenta la ponderación debidamente justificada de los intereses en conflicto y ha basado su fallo únicamente en prejuicios, sospechas infundadas y juicios de valor anticipatorios que menoscaban el ejercicio de derechos constitucionales tanto de la Administración municipal como de los particulares que acaban siendo afectados de modo directo en tanto que organizadores del acto suspendido y de todos los demás ciudadanos madrileños que pudieren estar interesados en asistir a él.

B) No respeta el auto la libertad ideológica de los convocantes del acto, amparada por el artículo 16 de la Constitución, que la única limitación que establece para sus manifestaciones, es *“la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”*

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de destacar en numerosas ocasiones la importancia del derecho consagrado en el art. 16.1 CE. Como afirma en la STC 20/1990, de 20 de febrero, FJ 3 (y reitera en muchas otras posteriores, como la STC 177/2015): *«hay que tener presente que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 CE, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se insta. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Interpretar las leyes según la Constitución conforme dispone el art. 5.1 LOPJ, exige el máximo respeto a los valores superiores que en ella se proclaman».*

Asimismo, en la STC 120/1992, de 27 de junio, FJ 8, enmarca el alcance y contenido de la faceta externa de ese derecho en los siguientes términos: *«ciertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, fundamento jurídico 3). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión –ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declare este Tribunal–, que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde “el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a)” (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse ‘simplemente absorbido’ por las libertades del art. 20 (STC 20/1990, fundamento jurídico 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1»*

Por último, este Tribunal ha tenido ocasión de delimitar bajo qué premisas la actuación de los poderes públicos atenta contra dicho derecho: *«[a]hora bien, para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad»* (STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 8; y ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado también que *«cuando el art. 16.1 CE garantiza las libertades ideológicas, religiosa y de culto ‘sin más limitación, en sus manifestaciones, que el orden público protegido por la ley’, está significando con su sola redacción, no sólo la trascendencia de aquellos derechos de libertad como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE), sino también el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias»* (STC 46/2001, FJ 11).

Se evidencia, así, el derecho fundamental que corresponde a los convocantes del acto suspendido o a los asistentes al mismo para defender el derecho a decidir e incluso la celebración de un referéndum de autodeterminación. Hemos visto ya que en el momento en que se solicita al Ayuntamiento la cesión de uso del local (12 de julio de 2017) y también en la fecha en que se concede la autorización con arreglo a aquella solicitud (6 de septiembre de 2017), todavía no se habían publicado las leyes y decretos autonómicos posteriormente suspendidos por el Tribunal Constitucional. Así pues, resulta desacertado considerar, como hace el Juzgado, que se trate de un “acto de apoyo a una consulta convocada por una Ley que ha sido suspendida en su eficacia por el Tribunal Constitucional”.

Pero es más: aunque lo fuere e incluso en el supuesto de que tal ley hubiese sido declarada inconstitucional, lo que no ha ocurrido todavía, el hecho de que haya una sentencia declarando inconstitucional una Ley o ilegal un acto o una conducta no puede impedir a los ciudadanos tener opinión (y expresarla libremente) sobre dicha sentencia, ni sobre la ley que anula, ni sobre las conductas que se declaran ilegales.

De este modo, que el referéndum que regula la Ley 19/2017 sea ilegal podrá dar lugar, en su caso, a la nulidad de aquellos actos concretos y eficaces para su realización y eventualmente a la inculpación por desobediencia de las autoridades que los lleven a cabo. Pero dicha ilegalidad de ningún modo podrá impedir que los ciudadanos opinen críticamente sobre la sentencia, así como sobre la necesidad, constitucionalidad u oportunidad de la ley. De lo contrario, y por solo poner un ejemplo, cientos de artículos universitarios deberían haber sido borrados de los archivos y bibliotecas de nuestro país.

En cuanto al segundo de los argumentos utilizados por el Juzgado, relativo a si el acto es además ilegal porque se dirige a hablar contra la soberanía, la unidad de España o el sistema de monarquía constitucional que nos gobierna, del auto del día 12 de septiembre se deduce que los ciudadanos no son libres para expresar sus pensamientos y deseos políticos, salvo si estos son acordes con la Constitución y las leyes. Sin embargo, esta exigencia de “democracia militante” ha sido desechada por el Tribunal Constitucional desde hace tiempo y por

numerosas decisiones. Según el Alto Tribunal, “*el ámbito constitucionalmente protegido por la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas contrarias a la esencia misma de la Constitución...*” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fj.4).

En este punto la libertad ideológica (art.16 CE) queda evidentemente dañada.

C) El Auto atenta directamente contra el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, recogido en el artículo 20.1 a) de la Constitución, advirtiendo el mismo precepto en su apartado 2 que:

*“2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.”*

La jurisprudencia constitucional ha destacado el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, destacando tres elementos caracterizadores de este derecho que expone certeramente la sentencia 112/2016, de 20 de junio:

*“i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. La STC 177/2015 (LA LEY 104946/2015) afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo (LA LEY 6220-JF/0000), y 12/1982, de 31 de marzo (LA LEY 13387-JF/0000), se subraya repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantiza para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”. De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que dicha libertad “goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, que ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” [FJ 2 a)].*

*La STC 177/2015 (LA LEY 104946/2015) continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”, ya que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” [FJ 2 b)].*

*(ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La ya citada STC 177/2015 (LA*

*LEY 104946/2015) también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)].*

*En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 (LA LEY 104946/2015) se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (FJ 4). Igualmente se recordaba que “[e]n la STC 136/1999, de 20 de julio (LA LEY 9614/1999), afirmamos que ‘no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre’ (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre” (FJ 4). Y, además, que “[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes” (FJ 4).*

*(iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por último, también la STC 177/2015 (LA LEY 104946/2015) pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido*



*constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” [FJ 2 d)].*

*En relación con lo anterior la STC 177/2015 (LA LEY 104946/2015) recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que “la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible” y “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración” [FJ 2 d)]. A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre (LA LEY 208795/2010), FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio (LA LEY 104946/2015), FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000, de 5 de mayo (LA LEY 93733/2000), FJ 5).*

En el presente caso, ni siquiera teniendo por ciertas las sospechas y juicios de valor contenidos en el auto, resulta posible encontrar en la solicitud de uso del local municipal, pero tampoco en las manifestaciones efectuadas por los convocantes en las sesgadas reseñas de prensa que ha aportado la parte recurrente la más mínima expresión “que propague, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia o el uso de la violencia para imponer criterios propios”. Las opiniones manifestadas pueden *molestar, inquietar o disgustar* al Grupo Municipal recurrente o a otras personas, pero, como muy bien señala el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado, ya que en nuestro sistema no tiene cabida, como hemos dicho, un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución.

No consta en ninguno de los documentos del expediente municipal que el acto que los solicitantes pretenden realizar lo sea en apoyo o debate sobre unas leyes dejadas en suspenso por el Tribunal Constitucional. Pero aunque así lo hubiera sido, no cabe, sin motivar la existencia cierta de incitación a la violencia o al odio, suspender, no ya un acto administrativo, sino un acto amparado por la libertad de expresión, que ni siquiera se ha celebrado y para cuya decisión no ha escuchado a sus convocantes ni al propio Ayuntamiento de Madrid.

En tal sentido, como también dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/2015 de 22 de julio:

*e) Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, “la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible” (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración” (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, “no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004, de 19 de julio).*

D) También conculca el Auto, con total indefensión de los convocantes del acto suspendido, el derecho de reunión amparado por el artículo 21 de la Constitución, que no precisa autorización previa y sí únicamente comunicación si se celebra en lugares de tránsito público. Aún así solo podrán ser prohibidas las reuniones por la autoridad “cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la conexión que existe entre este derecho y el de libertad de expresión, ya que su objetivo es el intercambio de ideas y opiniones entre los asistentes a las reuniones convocadas. Así la sentencia 195/2003 de 27 de octubre, señala:

*“Dijimos en nuestra STC 66/1995, de 8 May. (LA LEY 13067/1995), FJ 3, que «[e]l derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo --agrupación de personas--, el temporal --duración transitoria--, el finalista --licitud de la finalidad-- y el real y objetivo --lugar de celebración-- (por todas, STC 85/1988 (LA LEY 1013-TC/1988)). También hemos destacado en múltiples sentencias el relieve fundamental que este derecho --cauce del principio democrático participativo-- posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones». Por cierto que la vinculación libertad de expresión-libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus sentencias; como aquella en que recuerda que «la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión» (STEDH caso Stankov, de 13 Feb. 2003, § 85), o también al afirmar que «la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación» (STEDH caso Rekvényi, de 20 May. 1999 (LA LEY 81818/1999), § 58).”*

(...)

*4. En lo concerniente a los límites del derecho de reunión hemos de reiterar lo que este Tribunal tiene declarado con carácter general sobre el alcance los derechos fundamentales, cuyo ejercicio no sólo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales (art. 10.1 CE y STC 14/2003, de 28 Ene. (LA LEY 1115/2003), FJ 9 y las que allí se citan), aunque al mismo tiempo deba tenerse en cuenta que las limitaciones que se establezcan no pueden ser absolutas (STC 20/1990, de 15 Feb. (LA LEY 1423-TC/1990), FJ 5), ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 May. (LA LEY 10987-JF/0000), FJ 3), pues la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (SSTC 159/1986, de 16 Dic. (LA LEY 713-TC/1987), FJ 6; 254/1988, de 23 Ene (LA LEY 2638/1988)., FJ 3; 3/1997, de 13 Ene. (LA LEY 2023/1997), FJ 6).*

La necesaria valoración pormenorizada con criterios restrictivos de la suspensión o prohibición del ejercicio de este derecho no ha sido realizada por el Juzgado, muy al contrario. El auto carece de razones fundadas, (STC 36/1982, de 16 de junio) para concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se encontraba proyectado por sus promotores en la solicitud deducida ante el Ayuntamiento de Madrid, produciría una alteración del orden público proscrita en el artículo 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución.

E) También contraviene el auto el derecho de asociación reconocido por el artículo 22 de la Constitución, que establece en su apartado 4 que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada, motivación de la que carece por completo el auto.

Al igual que el artículo 22.1 de la Constitución, el artículo 11.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España, reconoce el derecho a la libertad de asociación, cuyo ejercicio, según el artículo 11.2 del Convenio, "no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos (...)".

Como refleja la sentencia del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, recogiendo la doctrina constitucional, el TEDH ha reconocido que el derecho de libre asociación no es ilimitado y que el artículo 11 del Convenio no impide a los Estados la adopción de las medidas adecuadas para la protección de las instituciones y las personas, aunque tales restricciones tienen que interpretarse restrictivamente, tal y como afirma, entre otras, la STEDH de 7 diciembre 2006:

*"35 La libertad de asociación no es, sin embargo, absoluta y hay que admitir que cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades ajenos, el artículo 11 no priva a las autoridades de un Estado de*

*poder proteger estas instituciones y personas. Esto se desprende tanto del apartado 2 del artículo 11 como de las obligaciones positivas que corresponden al Estado en virtud del artículo 1 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) de reconocer los derechos y libertades de las personas dependientes de su jurisdicción (Sentencia Refah Partisi [Partido de la prosperidad] y otros contra Turquía [GS], núms. 41340/1998, 41342/1998, 41343/1998 y 41344/1998, aps. 96-103, TEDH 2003-II [JUR 2003, 50031 ]). Sin embargo, el Estado debe hacer uso de este poder con parsimonia, ya que las excepciones a la regla de la libertad de asociación requieren una interpretación estricta, ya que solamente unas razones convincentes e imperativas justificarían una restricción a esta libertad."*

F) El auto del Juzgado, desconociendo todos y cada uno de los derechos a los que se ha ido aludiendo, solo señala unas presuntas -y futuras- violaciones del principio de legalidad y su variante de sometimiento pleno a la ley y al Derecho de las Administraciones Públicas contenido en el artículo 103.1 de la Constitución, éste último ni siquiera predicable de los convocantes del acto suspendido.

El recurrente y peticionario de medidas cautelarísimas (Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid) solicita que se impida el uso de un espacio de titularidad municipal para la realización del acto en apoyo al derecho a decidir, un acto que en su escrito no reclama como ilegal. Al parecer lo que entiende el demandante es que lo que sería legal "en la calle" es ilegal en un espacio municipal. En suma, que el pluralismo político y la libertad de opinión estarían más limitados en las instituciones y sus espacios que en la calle. Obviamente tal pretensión, que el Juzgado ampara, no se sostiene jurídicamente de ninguna manera, vulnerándose igualmente el derecho constitucional a la autonomía en la gestión de sus respectivos intereses en la utilización legal del dominio público (artículo 137 de la Constitución española) y desconociéndose que corresponde a los poderes públicos "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (artículo 9.2 de la Constitución), con igual ignorancia del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por cualquier otra condición o circunstancia personal o social a añadir a las expresamente mencionadas en el artículo 14 del texto constitucional.

G) Finalmente, y derivado de la incongruencia subjetiva del fallo puesta de manifiesto más arriba, se conculca el artículo 24.1 de la Constitución que recoge el derecho de todas las personas "a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

Sin embargo, ni siquiera sugiere el auto qué infracciones o apariencia de nulidad puedan concurrir en el Decreto de la Concejal que constituye el objeto del recurso del Grupo Municipal recurrente y, por tanto, el objeto del proceso, ya que es de este acto administrativo del que deberían predicarse ya fuera la legalidad o la arbitrariedad.

La descompensación entre los principios y derechos constitucionales es tan evidente a favor del mantenimiento del acto autorizado por el decreto municipal y de los derechos de sus convocantes que su suspensión hace recaer la tacha de arbitrariedad precisamente del lado de la resolución judicial y constituye un supuesto claro de censura previa.

#### **SEXTA.- Respetto de la apariencia de buen derecho ("fumus bonis iuris").**

El principio del *fumus bonis iuris* supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares.

Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto supletorio de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que sí alude a este criterio en su artículo 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, Auto de la sala Tercera del Tribunal Supremo 14 de abril de 1997; o de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (Autos de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997, entre otros).

#### **a.- Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a decidir.**

En el presente caso, el **Tribunal Constitucional en su sentencia de 25 de marzo de 2014 (Sentencia del Pleno nº 42/2014)**, ha reconocido que "tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional".

En esa misma sentencia se afirma que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante, como ya hemos explicado, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar a la Constitución. En definitiva, en la medida en que la Constitución puede ser reformada en todos y cada uno de sus preceptos, la lealtad a la misma lo único que exige es el respeto a los procedimientos determinados para su modificación.

Por todo lo anterior, un acto ciudadano de apoyo a un movimiento político que pretende que se pueda celebrar un referéndum en Cataluña, es un acto encuadrable dentro de la libertad de expresión perfectamente compatible con la Constitución española, en tanto que los organizadores no han previsto el empleo de la violencia en la celebración del mismo. Sobre este particular hay que señalar que según la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 2013 (Sentencia del Pleno nº 216/2013), el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión consiste en "la formación y existencia de una opinión pública libre, que es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático".

Como recoge el TS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, en su sentencia 1710/2016 de 11 de julio de 2016:

*“TERCERO.- Planteado el debate en los términos que resultan de los precedentes fundamentos la cuestión controvertida en el actual recurso de casación guarda identidad con la resuelta por esta Sala en las sentencias de 9 y 23 de diciembre de 2014 ( casación 123/2014 y 31/2014 ); 25 de marzo de 2015 (casación 1586/2014 (LA LEY 54623/2015) ); 18 de diciembre de 2015 (casación 3233/2014 (LA LEY 196437/2015) ) y 19 de enero de 2016 (casación 3097/2014 (LA LEY 399/2016) ).*

*En consecuencia, razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes al principio de seguridad jurídica y al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley (artículos 9.3 (LA LEY 2500/1978) y 14 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)), imponen reiterar, como se hará a continuación, los razonamientos y la decisión de nuestras sentencias citadas.*

*Lo que allí se razonó y aquí se reitera fue, en esencia, lo que continúa:*

*«Que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional la justicia tutelar forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en cada caso, ha de ser adecuada a la finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se adopte.*

*Que este Tribunal Supremo ha mantenido la necesidad de atenerse a la singularidad del caso debatido, lo que implica un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y criterios rígidos o uniformes.*

*Que es cierto que la pérdida de finalidad legítima del recurso aparece en el artículo 130.1 LJCA (LA LEY 2689/1998) como el criterio decisivo para pronunciarse sobre la procedencia o no de las medidas cautelares.*

*Que el "fumus boni iuris" no alcanzó el rango de norma en la actual LJCA, a diferencia de lo que se recogía en el proyecto sobre ese texto legal, pero ha sido plasmado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (LA LEY 58/2000), pues su artículo 729, que forma parte del título dedicado a las medidas cautelares, regula expresamente la "apariencia de buen derecho" como elemento de fundamentación de las medidas cautelares solicitadas.*

*Que la jurisprudencia, además de aconsejar mesura en la aplicación de la "apariencia de buen derecho", ha señalado, como principales casos en los que procede su aplicación, aquellos en los que el acto administrativo impugnado haya sido dictado en cumplimiento o ejecución de una norma previamente declarada nula y, también, aquellos en los que el acto impugnado es idéntico a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.”*

También la sentencia de 26 de diciembre de 2000 de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª del TS:

*“Pues bien, como hemos recordado en otras muchas ocasiones [por ejemplo en STS de 28 Abr. 1999 (recurso de casación 6741/1995 (LA LEY 6761/1999)); STS de 2 Mar. 2000*

*(recurso de casación 2056/97 (LA LEY 2520/2001)); STS de 12 May. 2000 (recurso de casación 2291/1998 (LA LEY 7413/2000)); STS de 29 May. 2000 (recurso de casación 4822/1998 (LA LEY 8916/2000))), en materia de justicia cautelar hay que precisar tres cosas: el fundamento, razón de ser o causa eficiente de esa cautela (necesidad de asegurar que la resolución, o en su caso la sentencia, que en su día se dicte en el proceso principal será eficaz); los presupuestos cuya concurrencia es necesaria para que la medida pueda y deba darse (aparición de buen derecho y peligro en la demora); ponderación de los intereses en conflicto (que pueden ser, públicos y privados, o solo públicos).*

*La Sala de instancia parece desconocer todo esto --que es tan simple como claro-- y, erróneamente, entiende que basta con que haya aparición de buen derecho para que la medida cautelar adecuada --la solicitada u otra que el Tribunal juzgue más oportuna-- deba darse.”*

Como cita el TS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, en su auto de 22 de mayo de 2007:

*“el TEDH considera una injerencia no justificada en una sociedad democrática fundar la decisión de ilegalización en supuestos peligros para el sistema democrático derivados de los objetivos y declaraciones del partido, sin una confirmación en su actividad, ya que «[d]e esta forma se le sancionó por un comportamiento que dependía únicamente del ejercicio de la libertad de expresión”*

En este caso el juez suspende la celebración de un acto convocado por una asociación con fines legales que no han sido puestos en cuestión hasta la fecha, sin confirmación alguna, salvo por una serie de artículos y recortes sesgados de prensa, de que vayan a producirse actuaciones contraria a la ley y a la Constitución.

## **b.- Resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el referéndum en Cataluña.**

La parte solicitante de la medida cautelar que se ha dictado hace referencia en diferentes partes de su escrito a las distintas resoluciones que en fecha 7 de septiembre de 2017 ha dictado el Tribunal Constitucional. La interpretación que los recurrentes hacen de esas resoluciones es equívoca y las consecuencias que de las mismas se derivan no tienen nada que ver con los efectos que en la práctica producen esas resoluciones. Acto seguido se enumeran los procedimientos incoados a tal fecha por el Tribunal Constitucional, las resoluciones que se han dictado y cuáles son las consecuencias de las mismas.

1. Un incidente de ejecución de la sentencia STC 259/2015, de 2 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Resolución del Parlamento de Cataluña de 9 de noviembre de 2015 “sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015”. Este incidente se abre por el Gobierno de la Nación el día 7 de septiembre, al haber adoptado la Mesa del Parlamento de Cataluña el acuerdo de admisión a trámite de la proposición de Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República y considerar el Gobierno que ello contraviene la sentencia antes citada y las resoluciones subsiguientes del TC en los años 2016 y 2017.

2. Un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación. Se deja en suspenso la Ley impugnada y el TC advierte a todos los miembros del Gobierno de la Generalitat y a los cargos del Parlamento (Presidenta, integrantes de la Mesa, Letrado Mayor, Secretario General, etc.) del deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada. Y en particular, que se abstengan “de iniciar, tramitar, informar o dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias acuerdo o actuación alguna que permita la preparación y/o la celebración del referéndum sobre la autodeterminación de Cataluña regulado en la ley objeto de la presente impugnación y de poner a disposición de la Sindicatura electoral de Cataluña o de las sindicaturas electorales de demarcación los medios materiales y personales necesarios para el ejercicio de sus funciones con las advertencias de las eventuales consecuencias penales en caso de incumplimiento”.

Al mismo tiempo el TC advierte a todos los que han sido nombrados titulares y suplentes de la Sindicatura electoral de Cataluña del deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada. Y en particular “que se abstengan de proceder al nombramiento de los miembros de las sindicaturas electorales de demarcación, de la creación de ningún registro y/o fichero necesarios para la celebración del referéndum de autodeterminación y de cualquier acto y/o actuación en aplicación del artículo 18 de la Ley 19/2017, así como iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdo alguno en orden a la ejecución de las previsiones contenidas en la ley del referéndum, o que promuevan o tramiten norma alguna dirigida a tal fin, apercibiéndoles de la nulidad radical de tales actuaciones que realicen y de las eventuales responsabilidades incluida la penal, en las que pudiera incurrir en caso de desobediencia de dicho requerimiento”.

3. Una impugnación de disposiciones autonómicas promovida por el Gobierno de la Nación contra el Decreto 139/2017, de 6 de septiembre, de la Generalitat de Cataluña, de convocatoria del referéndum. Se suspende igualmente el Decreto impugnado y cualquier actuación que traiga causa del mismo y se advierte a todo el Govern al completo en términos idénticos a los transcritos en el apartado 2.
4. Otra impugnación de disposiciones autonómicas dirigida contra la Resolución 807/XI del Parlamento de Cataluña por la que se designan los miembros de la sindicatura electoral de Cataluña. Queda también suspendida la Resolución impugnada y advertidos igualmente el Presidente y todos los miembros del Govern, más todos los Delegados Territoriales del Gobierno de la Generalitat, los cargos del Diario Oficial y los responsables de los Boletines Provinciales, los distintos cargos del Parlamento de Cataluña y los titulares y suplentes de la Sindicatura electoral de Cataluña, en los términos ya transcritos.
5. Por último, una impugnación de disposiciones autonómicas promovida por el Gobierno de la Nación contra el Decreto 140/2017, de 7 de septiembre, del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, de normas complementarias para la celebración del referéndum de autodeterminación. Se suspende el Decreto y quedan advertidos en los términos ya reiterados todos los miembros del Govern, los cargos del Parlamento de Cataluña, los secretarios generales, los directores generales, los delegados territoriales, los cargos del Diario Oficial y los responsables de los Boletines Provinciales, así como los alcaldes de todos los municipios de Cataluña.



En ninguna de las providencias dictadas por el TC en la misma fecha 7 de septiembre de 2017 se hace advertencia ni requerimiento algunos a personas físicas o jurídicas distintas de las enunciadas, cuyos derechos fundamentales (libertad ideológica; expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones; derecho de reunión; derecho de asociación, etc.) permanecen incólumes y no restringidos.

Más allá de la esfera o ámbito personal, y yendo al contenido de las advertencias del Tribunal Constitucional, tampoco quienes han sido destinatarios de dichas advertencias verán limitados los derechos fundamentales que acabamos de mencionar.

Han sido requeridos únicamente para que se abstengan de iniciar, tramitar, informar o dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, acuerdos o actuaciones que permitan la preparación y/o la celebración del referéndum o pongan a disposición los medios materiales o personales necesarios para ello. Como puede observarse en las providencias que dictó el Tribunal Constitucional con fecha 7 de septiembre de 2017 (relativas al Decreto 140/2017, de 7 de septiembre y Decreto 139/2017, de 6 de septiembre), la suspensión de efectos de esos decretos “conlleva la de cualquier actuación que traiga causa del mismo”.

Por tanto si el Decreto en el que se autorizaba la cesión de la Nave Terneras se dictó el 6 de septiembre de 2017, nunca ese acto puede tener relación con las actuaciones cuya suspensión acordó el Tribunal Constitucional en fecha posterior, ni por razones temporales ni por ausencia de conexión alguna con los actos de preparación y/o celebración del referéndum, siendo así que la libertad ideológica está garantizada por la Constitución sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley y que la libertad de expresión, la difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones y el derecho de reunión solo pueden ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución (artículo 116).

A esta misma conclusión llegó el **Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid nº 11** en el **Auto nº 109/2016, de fecha 20 de mayo de 2016**, que se acompaña como **documento número tres**, dictado en la Pieza de Medidas Cautelares nº 195/2016-01, en el que establece:

*“Conforme a lo dispuesto en el art. 130 de la LJCA y previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto cabe apreciar que la no adopción de la medida de suspensión cautelar de la actuación impugnada haría perder la finalidad legítima al recurso por razones obvias, dada la prontitud en la celebración del evento, sin que la Administración haya debidamente probado que la adopción de la medida en su caso, pueda suponer una perturbación graves de los intereses generales o de tercero. Más bien la actuación de la Administración genera un daño al recurrente por cuanto le impide, de forma pacífica, manifestar y expresar su ideología política con la exhibición de la bandera estelada, sin que concurran razones y motivos con la entidad suficiente como para poder restringir el uso de un derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 en relación con en el artículo 16.1 de la CE.*

*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, añadiendo que las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido.*

*En ningún caso ha resultado probado en este momento procesal que la exhibición de la llamada "estelada" puede incitar a la violencia, el racismo, la xenofobia o cualquier otra forma de discriminación que atente contra la dignidad humana, que como manifestación de una ideología*

*política o creencia no se justifica en qué medida infringe el orden jurídico existente y en qué medida pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales.”*

Al respecto, cabe añadir que el recurso ha sido desestimado por **SENTENCIA N° 235/2017, de fecha 27 de julio de 2017, cuya copia se acompaña como documento número cuatro**, dictada en el Procedimiento Abreviado 375/2016 A, reafirmando en el fondo del asunto el derecho a la libertad de expresión.

Reiteramos, por último, que el mantenimiento de la suspensión que se contiene en la resolución impugnada haría perder la finalidad legítima al recurso (artículo 130.1 LJCA) y produciría perturbación grave para los intereses generales que representa el Ayuntamiento de Madrid y, fundamentalmente, daños irreversibles para los intereses particulares de los terceros promotores (artículo 130.2 LJCA) y ciudadanos que pretendieran asistir al acto público.

En su virtud,

**SUPLICA AL JUZGADO**, que por presentado este escrito, se digne admitirlo, tenga por formuladas en cumplimiento del traslado conferido las presentes alegaciones, y, dicte nueva resolución por la que **ACUERDE**

1º) con carácter principal, la INADMISIÓN del presente recurso contencioso administrativo y, consecuentemente, declare no haber lugar a tramitar la pieza de medidas cautelares solicitada, dejando sin efecto el auto recurrido de 12 de septiembre de 2017, con expreso levantamiento de la medida cautelar adoptada en el mismo, y

2º) con carácter subsidiario, el levantamiento de la suspensión de la ejecutividad del Decreto de la Concejala Presidenta de la Junta del Distrito de Arganzuela de Madrid (Número de expediente 102 (2017/03420), de fecha 6 de septiembre de 2017, por el que dispuso: “Autorizar a PEDRO CASAS ALVAREZ en representación de la Asociación La Comuna con CIF G86385432, la cesión de uso de la Nave de Ternerías del Distrito de Arganzuela sito en Paseo de la Chopera nº 10, para la celebración de un acto público cuyo desarrollo según indica el organizador es "bajo el título En Madrid por derecho a decidir”, consistiendo en la intervención de varias personas, lectura de algún poema, proyección de algún video y posible interpretación de alguna canción, el día 17 de septiembre de 2017 de 10:00 a 15:00 horas, montajes y desmontajes incluidos”.

Es de Justicia que pide en Madrid, a quince de septiembre de dos mil diecisiete.

Letrado del Ayuntamiento de Madrid